

Davide Palazzo*

*L'assetto pluralistico delle giurisdizioni alla luce
dell'evoluzione giurisprudenziale e del diritto europeo*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 8, Cost. – 3. L'individuazione delle situazioni protette e della loro natura nell'ambito della verifica del difetto relativo ed assoluto di giurisdizione – 4. La difficile distinzione tra giurisdizione e legittimazione ad agire nel processo amministrativo – 5. I limiti della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa – 6. I limiti della giurisdizione rispetto al potere legislativo – 7. Il caso Randstad: l'art. 111, comma 8, Cost. al cospetto della Corte di giustizia UE – 8. L'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto UE – 9. Rapporto tra norme costituzionali e ordinamento dell'unione europea – 10. Autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea ed effettività della tutela giurisdizionale – 11. La garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel sistema processuale amministrativo italiano – 12. La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Critica – 13. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'art. 111, ult. comma, Cost., che limita ai motivi inerenti alla giurisdizione il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti¹, è stato negli ultimi tempi oggetto di un vasto dibattito originato da una giurisprudenza evolutiva diretta a estendere i confini tradizionali di tale sindacato² e dai successivi

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Dipartimento di scienze giuridiche, Università Sapienza di Roma.

¹ Nella normazione primaria v. art. 360 del codice di procedura civile; art. 110 del Codice del Processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104); art. 177, comma 1, del Codice di giustizia contabile (d. lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

² In senso critico verso tale orientamento v. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 689 ss.; R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1694 ss. In

interventi della Corte Costituzionale³ e della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴ che hanno in qualche misura, e secondo i rispettivi ruoli e punti di vista, "frenato" tale tendenza.

Con il presente contributo si intende delineare i termini attuali della questione, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, ed evidenziare i profili che restano ancora "aperti" alla discussione e forieri di persistenti incertezze sull'assetto complessivo dei rapporti tra le giurisdizioni.

La trattazione seguirà il seguente ordine. In primo luogo, si analizzeranno i confini del sindacato della Corte di Cassazione *ex art.* 111, ult. comma, Cost., come definiti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018. Si sottolineeranno, in particolare, i margini di incertezza che risultano da tale pronuncia, con particolare riferimento alle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (parr. 2-6). Successivamente, ci si soffermerà sulla

senso favorevole v. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 353 ss.; con maggiore cautela, C.E. GALLO, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017 Cfr. anche F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 8 ss., che sottolinea come il nuovo indirizzo possa leggersi come "reazione" all'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva affidate al giudice amministrativo. Nota in proposito A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1118-1119, che tale ampliamento determina la "sovrapposizione sempre più frequente della giurisprudenza civile e della giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione di norme in tema di diritti soggettivi", sicché "in casi del genere appare ragionevole l'esigenza di una nomofilachia unica". In tema v. anche A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 46 e 53; M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 222-223.

³ Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6, su cui vedi i commenti di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1537 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 122 ss.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1111 ss.

⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad Italia s.p.a. c. Umana s.p.a. e altri*, con nota di E. ZAMPETTI, *Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad*, in questo Volume, e di R. MARTINO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il processo*, 2021, 566 ss. La Corte si è pronunciata sulle questioni sollevate con rinvio pregiudiziale da Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 18 settembre 2020, n. 19598. Sull'ampio dibattito scaturito da tale pronuncia v. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021.

compatibilità del sistema attuale con il diritto dell'Unione europea, alla luce della recente sentenza *Randstad* (parr. 7-12). Infine, si proporranno delle considerazioni conclusive.

2. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 8, Cost.

L'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. presenta rilievo centrale nel complessivo sistema giurisdizionale, in quanto definisce il punto di equilibrio tra le giurisdizioni supreme dell'ordinamento⁵.

Nell'arco di circa un decennio, una parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione ha interpretato "estensivamente" i "motivi inerenti alla giurisdizione", ricomprendendo alcune ipotesi riconducibili tradizionalmente ai "limiti interni": stravolgimento (radicale) delle norme di riferimento⁶ o violazione diritto dell'Unione che conduca al diniego dell'accesso alla tutela giurisdizionale⁷, sentenze anomali o abnorme, omessa attuazione delle "forme di tutela" previste dall'ordinamento processuale⁸.

Il giudice delle leggi, con la sentenza n. 6/2018, ha escluso che tali ipotesi rientrino nel sindacato della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. In aderenza all'orientamento più tradizionale, la Corte Costituzionale ha statuito che il controllo *ex art.* 111, Comma 8, Cost., comprende esclusivamente le ipotesi riconducibili alla violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione, ossia quando il giudice amministrativo o contabile, con riferimento ad una determinata

⁵ Cfr. L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa) (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, III, 388 e 393 ss.

⁶ Corte di Cassazione, ss. uu., 29 dicembre 2017, n. 31226; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 maggio 2016, n. 9282, che nel caso di specie nega la sussistenza del vizio.

⁷ Corte di Cassazione, ss. uu., 6 febbraio 2015, n. 2242. V. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 17 gennaio 2017, n. 956, che nel caso di specie dichiarano inammissibile il ricorso.

⁸ V. Corte di Cassazione, ss. uu., 20 gennaio 2014, n. 1013, sul sindacato nei confronti delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Corte di Cassazione, ss. uu., 23 dicembre 2008, n. 30254, in tema di pregiudizialità amministrativa, su cui v. il commento critico di R. CAPONI, in *Foro it.*, 2009, 732-733. Sullo stesso tema v. Corte di Cassazione, ss. uu., 13 giugno 2006, n. 13659. V. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 12 marzo 2012, n. 3854, sulla richiesta di definizione agevolata della controversia dinanzi alla Corte dei Conti. In senso critico verso questo orientamento, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 345; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione, cit., 336 ss.

controversia: 1) affermano o negano la propria giurisdizione, la quale invece spetta ad altro giudice (c.d. difetto relativo di giurisdizione); 2) affermano la propria giurisdizione in ambiti riservati all'autorità amministrativa o al legislatore; 3) negano erroneamente la giurisdizione propria e di ogni altro giudice, in quanto la materia non potrebbe formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale⁹.

Da ciò discende che la Corte di Cassazione non possa sindacare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del Consiglio di Stato, dovendosi limitare a verificare il rispetto delle norme che regolano il rapporto tra le giurisdizioni e la possibilità stessa di avere una decisione giurisdizionale (e non amministrativa o meglio forse politica) su una controversia¹⁰. In particolare, anche quando l'errore del giudice impedisca la "conoscibilità nel merito della domanda", il controllo in Cassazione dovrebbe escludersi, salvo che si tratti di una questione di giurisdizione nei termini sopra delineati¹¹, risultando altresì irrilevante la gravità del vizio contestato, in quanto tale criterio sarebbe eccessivamente indeterminato e quindi poco rispettoso del principio di certezza del diritto¹². Poiché l'ambito del controllo della Cassazione non si determina sulla base di un criterio quantitativo (la gravità appunto), ma qualitativo (il tipo di vizio o di norma violata), anche la fonte violata (legge, norma costituzionale, diritto UE, trattati internazionali) dovrebbe risultare

⁹ L'orientamento del giudice delle leggi è stato recepito, generalmente, dalla giurisprudenza successiva della Cassazione. V., *ex plurimis*, Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 8 aprile 2022, n. 11456; Corte di Cassazione, 3 novembre 2021, n. 31311.

¹⁰ Corte Costituzionale n. 6/2018, par. 11 del considerato in diritto: "*non è compatibile con la lettera e lo spirito*" dell'art. 111, comma 8, Cost., "*la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (...) comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando*". Nella giurisprudenza anteriore v. Corte Costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52.

¹¹ Corte Costituzionale n. 6/2018, par. 17 del considerato in diritto: "*alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda*". V. anche l'*obiter dictum* della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2018, la quale afferma che l'"eccesso di potere giudiziario" non può "*estendersi all'ipotesi in cui, l'esistenza della giurisdizione è incontrovertibile, ma il giudice amministrativo nell'esercitarla, ravvisi la sussistenza di impedimenti di natura processuale all'esame nel merito della lite*".

¹² In proposito v. già A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 346. Cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11, la quale, con riferimento all'individuazione dei casi di rimessione della causa al giudice di primo grado (art. 105 c.p.a.), esclude l'utilizzabilità del "*criterio 'sostanzialistico' (opinabile ed incerto) della 'gravità del vizio'*".

irrilevante¹³. Su quest'ultimo punto ci si soffermerà più avanti analizzando la sentenza *Randstad*¹⁴.

La sentenza n. 6 del 2018 si pone in continuità con la giurisprudenza, costituzionale diretta a salvaguardare l'assetto pluralistico delle giurisdizioni¹⁵, organicamente separate pur se funzionalmente unitarie¹⁶.

È l'interpretazione più coerente con la soluzione prevalsa in Assemblea costituente, che rifiutò l'ipotesi della giurisdizione unica, confermando l'assetto precedente in forza del quale si individuava il giudice amministrativo come il "giudice naturale" degli interessi legittimi¹⁷, dinanzi al quale, come ora dispone il Codice del processo amministrativo, si concentra "ogni forma di tutela" degli stessi¹⁸.

¹³ In tal senso v. Corte di Cassazione, ss. uu., 4 febbraio 2014, n. 2403.

¹⁴ Sul punto v. fin d'ora M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.giustiziainsieme.it, il quale nota che non sussistono "particolari differenze tra la violazione di legge nazionale e la violazione del diritto UE: l'operazione logica compiuta dal giudice che interpreta erroneamente la normativa è identica in entrambi i casi".

¹⁵ Sul punto v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 44 ss. e 54-55, che richiama il relativo dibattito in Assemblea Costituente e sottolinea l'importanza del valore pluralistico, "anche quando è riferito all'organizzazione della tutela giurisdizionale". V. anche M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 215 ss. Sulla continuità dell'orientamento del giudice costituzionale v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 14.

¹⁶ Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204. V. anche Corte Costituzionale, 12 marzo 2007, n. 77, sugli effetti della c.d. *translatio iudicii*.

¹⁷ Cfr. Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140, che definisce il giudice amministrativo come "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica". In dottrina v. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 81; F. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1970, 301-302. Tale prospettiva è condivisa anche da coloro che hanno criticato la scelta del costituente e hanno auspicato il superamento del riparto di giurisdizione, mediante una riforma costituzionale; cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 219-220, che ricollega il superamento della giurisdizione speciale all'attuazione del principio democratico.

¹⁸ Art. 7, comma 7, c.p.a.: "Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi". Tale disposizione riprende il *dictum* della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 che considerò compatibile l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, in quanto "il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo),

Nella prospettiva accolta dal giudice delle leggi, il sindacato della Cassazione *ex art. 111*, ult. comma, Cost. si incentra sulla garanzia del complessivo assetto dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato¹⁹ (su cui, tuttavia, “l’ultima parola” spetta alla Corte Costituzionale²⁰) e, all’interno del potere giudiziario, tra i diversi ordini giurisdizionali²¹. La Corte Costituzionale ha prediletto una lettura “*attenta alla dimensione istituzionale*” di tale strumento, secondo la sua logica originaria²², rispetto a una visione incentrata “*sulla tutela dei singoli individui*”²³. Ha rifiutato, in altri termini, la tesi per cui il ricorso in Cassazione costituisce non solo “*un rimedio per risolvere un conflitto, ma [anche] lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva*”²⁴.

da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”.

¹⁹ In questa prospettiva le sezioni unite della Corte di Cassazione assumono una “rilevanza costituzionale”, come osservava M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002 (VI ed. a cura di E. Cardì e A. Nigro), 176.

²⁰ Spetta alla Corte Costituzionale la competenza sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (art. 134 Cost.; artt. 37-38, legge 11 marzo 1953, n. 87). Ciò comporta che le sentenze della Corte di Cassazione che si ritengano lesive delle attribuzioni di altri poteri dello Stato possano essere oggetto di un ricorso alla Corte Costituzionale, cui spetta in ultima analisi stabilire i “confini” tra i diversi poteri. Sul punto v. F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1542 ss.; R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitto di) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1959, 294 ss. In giurisprudenza v. Corte Costituzionale., sentenza n. 52/2016.

²¹ Cfr. F. CHIRICO, A. POLICE, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, n. 1, 2019, 122-123; F. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., 302, il quale nota che il giudizio sulla giurisdizione, affidato alla Cassazione, realizza il “*coordinamento fra i complessi giurisdizionali*”. Secondo parte della dottrina, tuttavia, anche in questo ambito l’ultima parola spetterebbe alla Corte Costituzionale, cui il Consiglio di Stato potrebbe rivolgersi, sollevando un conflitto di attribuzione, qualora la Cassazione esercitasse il proprio controllo oltre il limite segnato dai motivi di giurisdizione. In tal senso v. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 720; M. MAZZAMUTO, *L’eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 703-704; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele. Il processo amministrativo*, Milano, 1979, 99.

²² Sul punto v. SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, Milano, 1900, 79, il quale con riferimento alla legge n. 3761/1877 affermava che la competenza delle sezioni unite della Cassazione, con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali (o tra questi ultimi), dovesse intendersi come ristretta alla garanzia della “*osservanza da parte di ciascuna giurisdizione dei suoi confini*”. Lo stesso Autore aggiungeva (p. 84) che si trattava di un “*rimedio del tutto straordinario e d’ordine, per così dire, pubblico*”.

²³ Così F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1562, da cui è tratto il corsivo. V. anche A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1120; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 86.

²⁴ Cfr., con riferimento alla giurisprudenza precedente al 2018, G. VERDE, *La Corte*

Di qui la conseguenza che alla Corte di Cassazione non è riconosciuta la funzione nomofilattica sulle controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa²⁵ (e dunque anche sui diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva). Non è possibile un sindacato generalizzato sulle “forme di tutela” assicurate dal giudice amministrativo. Ciò è peraltro riconosciuto anche con riferimento alle controversie dinanzi al giudice ordinario, per le quali la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, esclude di poter verificare il rispetto dei limiti interni stabiliti dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo²⁶.

L'approccio “restrittivo” accolto dal giudice delle leggi non esclude, tuttavia, che entro i limiti delle questioni “ammesse” dalla Corte Costituzionale sussistano margini non trascurabili entro cui la Corte di Cassazione può verificare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del giudice amministrativo o contabile. Occorre procedere all'esame di tali spazi, che costituiscono in certa misura il risultato dell'essere la formulazione compromissoria dell'art. 111, comma 8, Cost.²⁷, alla luce del “diritto vivente”, poiché da essi dipende l'ampiezza del controllo in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti e la possibilità che esso costituisca un mezzo per rimediare alle violazioni del diritto sostanziale e processuale.

3. L'individuazione delle situazioni protette e della loro natura nell'ambito della verifica del difetto relativo ed assoluto di giurisdizione

L'analisi dei motivi inerenti alla giurisdizione che, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, sono ammessi all'esame della Cassazione evidenzia sotto vari aspetti la difficoltà di operare una

di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), in Dir. proc. amm., 2013, 369, il quale aggiungeva in senso critico (p. 383) che “la Corte di cassazione da giudice regolatore dei conflitti fra giudici si è andata trasformando in organo di vertice delle magistrature”.

²⁵ V. già Corte Costituzionale, 7 marzo 1984, n. 52. In dottrina v. A. CARBONE, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Folliero*, II, Napoli, 2019, 723 ss.

²⁶ Artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ord., 15 febbraio 2011, n. 3670. In dottrina v. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1710 ss.

²⁷ In tal senso v. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 575 ss.; M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 221.

netta cesura tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale.

Ciò emerge in primo luogo con riferimento al difetto relativo di giurisdizione, in relazione al quale il sindacato della Cassazione è limitato al superamento dei confini tra i diversi ordini giurisdizionali. Con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e amministrativo, ciò comporta che alla Cassazione sia, in ultima analisi, devoluta l'individuazione della natura e dei rispettivi confini delle situazioni giuridiche che formano, ordinariamente, l'oggetto della giurisdizione ordinaria e amministrativa: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi²⁸. La distinzione tra tali figure, che inevitabilmente involge il modo di interpretare il potere amministrativo²⁹, è delineata dalla Corte di Cassazione, che così esercita un'influenza significativa sul nucleo centrale del diritto amministrativo. Il tentativo di limitare tale influenza mediante l'estensione dell'ambito della giurisdizione esclusiva e dunque la sostituzione del criterio della "materia" a quello della situazione giuridica soggettiva come fondamento del riparto, è stato, come noto, frenato dalla Corte Costituzionale³⁰. La recente giurisprudenza in tema di responsabilità dell'Amministrazione per lesione dell'affidamento del privato³¹ dimostra come la Cassazione possa incidere sul modo di interpretare il potere

²⁸ In questa prospettiva v. F. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., 305 ss.

²⁹ Sul punto v. S. GATTAMELATA, *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 57: "nell'ipotesi in cui la posizione legittimante è un interesse legittimo, l'indagine che il giudice della giurisdizione deve effettuare involge necessariamente e, direi, automaticamente, il potere che è preposto a tutelarlo". Cfr. anche F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi*, cit., 14 ss., secondo cui nel diritto vivente il riparto di giurisdizione si fonda sull'esistenza del potere autoritativo. Sulla nozione di potere si veda per tutti SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss. Sulla permanente incertezza dei criteri di distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi v. M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 227; A. CORPACI, *Note per un dibattito*, cit., 347; E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, 352 e 357 ss. In tema v. anche L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione*, cit., 705 ss. In giurisprudenza v., tra le pronunce più recenti, Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 13 gennaio 2022, n. 929.

³⁰ Sentenza n. 204/2004.

³¹ Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 28 aprile 2020, n. 8236. In precedenza, v. ordinanze 23 marzo 2011 nn. 6954, 6955 e 6956. In senso critico verso questo orientamento v. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi*, cit., 23 ss.; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 677; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione, cit., 348-349. Cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, con nota di L. BORDIN, *La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione dell'affidamento incolpevole*, in questo Volume.

amministrativo e la relazione tra quest'ultimo e i comportamenti³². In termini più generali, la distinzione tra diritto pubblico e privato è influenzata significativamente dagli orientamenti della Cassazione in sede di controllo sulla giurisdizione, risultando così artificiosa una rigida distinzione tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale³³.

Ma i profili rispetto ai quali emerge in maniera più netta la difficoltà di separare la "spettanza" del potere giurisdizionale e le modalità di esercizio dello stesso o, in altri termini, i limiti esterni ed interni alla giurisdizione, attengono al c.d. difetto assoluto di giurisdizione, che si realizza, secondo quanto affermato dal giudice costituzionale, nelle ipotesi di "invasione" della sfera riservata al legislatore o all'amministrazione o nell'"arretramento" della tutela fondato sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale.

Per dirla con Nigro, i "lineamenti concettuali" o teorici di tale figura appaiono abbastanza chiari³⁴. Il giudice amministrativo non può pronunciarsi su vicende che sono rimesse o riservate all'autorità (e alla responsabilità) dell'Amministrazione; né tantomeno su decisioni o atti politici; né può "creare" norme giuridiche, prendendo il posto del legislatore. In questi casi il giudice non si pronuncia bene o male, ma esercita un potere che non gli spetta, dunque viola quelle norme che definiscono i limiti della giurisdizione rispettivamente nei confronti dell'amministrazione e della legislazione³⁵.

Un'analisi attenta di tali ipotesi mostra, tuttavia, che esse lasciano uno spazio, non ampio ma nemmeno angusto, per il controllo in Cassazione dell'applicazione del diritto sostanziale e procedurale da parte del giudice

³² Cfr. Corte di Cassazione n. 30254/2008, con riferimento alle controversie sulla c.d. accessione invertita.

³³ In questa prospettiva v. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1706 il quale, pur nell'ambito di una posizione tesa a limitare il sindacato della Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost. riconosce che "al di là del tradizionale riferimento alle posizioni soggettive, la decisione sul riparto che si muove attorno alla qualificazione pubblicistica o privatistica dell'atto e/o del rapporto porta ad incidere sul rilievo delle regole di diritto evocate con l'azione o con il ricorso". In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 23 novembre 2012, n. 20727, sull'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica.

³⁴ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 167.

³⁵ Sulla distinzione tra decisioni giurisdizionali e politiche v. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161 ss. Sulla "giuridificazione" (e giurisdizionalizzazione) delle decisioni politiche nell'ambito della teoria sociale dei diritti fondamentali v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neu Juristische Wochenschrift*, 1974, 1536.

amministrativo o contabile. La distinzione tra limiti interni ed esterni, oltre a destare perplessità sul piano teorico³⁶, si presenta piuttosto “ambigua”³⁷ e “sfumata” sul piano applicativo.

In primo luogo, nelle controversie tra privati e Pubblica Amministrazione³⁸, stabilire se un interesse è meritevole di tutela, e dunque suscettibile di cognizione giurisdizionale, vuol dire verificare se esso è riconosciuto da una norma, da un gruppo di norme o anche dal sistema giuridico nel suo complesso³⁹. Si afferma, in proposito, che l'accertamento della titolarità di una situazione protetta richiede l'analisi degli assetti di interessi e posizioni ricavabili, in via interpretativa, dall'ordinamento; assetti variabili in funzione non solo di espresse scelte normative, ma anche delle trasformazioni “culturali” che investono l'ordinamento medesimo⁴⁰ e che definiscono il rapporto tra quest'ultimo e ordinamenti diversi, ma collegati⁴¹. Si tratta, dunque, di una valutazione particolarmente complessa⁴² e che inevitabilmente coinvolge l'interpretazione del diritto

³⁶ Osserva convincentemente G. VERDE, *La Corte di Cassazione*, cit., 375, che “*la stessa contrapposizione tra limite esterno e limite interno è equivoca, dato che un limite, se è tale, non può che indicare la linea di demarcazione tra due sfere autonome di attribuzioni e, quindi, non può che rappresentare il confine tra ciò che è interno e ciò che è esterno alla singola giurisdizione*”.

³⁷ Sull'ambiguità e vaghezza terminologica che caratterizza la disciplina processuale dei conflitti di giurisdizione v. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 640 e 643.

³⁸ Nell'ambito delle controversie tra privati si tende ad escludere che la Corte di Cassazione possa sindacare in sede di controllo sulla giurisdizione la c.d. improponibilità assoluta della domanda, ritenendosi la questione attinente al merito del giudizio. In proposito v. Corte di Cassazione, ss. uu., 15 giugno 1987, n. 5256, che ha modificato il precedente orientamento giurisprudenziale, maggiormente “estensivo”. Su tale pronuncia v. la nota di L. IANNICELLI, *Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione fra privati per mancanza di posizione giuridica astrattamente tutelabile*, in *Foro it.*, 1988, 3393 ss. Cfr. anche V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 88 ss.

³⁹ In giurisprudenza v. *ex multis* Corte di Cassazione, ss. uu., 8 maggio 1978, n. 2207, con nota critica di L. ZANUTTIGH, «*Italia nostra*» davanti alla Corte di cassazione, in *Foro it.*, 1979, 167 ss., sulla tutela in giudizio degli interessi diffusi.

⁴⁰ Sul punto, v. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 231-232. Cfr. inoltre V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364 ss.; C. CUDIA, *Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*, 2014; F. SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 975 ss.

⁴¹ Sul rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo, con riferimento alla tutela delle situazioni giuridiche, v. *ex multis* Corte di Cassazione, 28 dicembre 2020, n. 29654. Il rapporto tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento nazionale è alla base della complessa e nota vicenda della tutelabilità del concorrente escluso nell'ambito di una gara pubblica, che ha dato origine tra gli altri al caso *Randstad*, su cui ci soffermerà *infra*.

⁴² Sottolinea criticamente questo aspetto M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 226-227. V. anche L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere*

sostanziale⁴³, pur se si tratta, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, di una questione di giurisdizione, di competenza della Corte di Cassazione⁴⁴.

Così, per fare un esempio, stabilire se la decisione del Consiglio dei Ministri di non avviare le trattative per stipulare un'intesa con una confessione religiosa sia un atto amministrativo o un atto politico e dunque, rispettivamente, possa formare o meno oggetto di sindacato giurisdizionale, è questione (di giurisdizione) la cui risoluzione non può prescindere ed anzi dipende in maniera decisiva dall'interpretazione del quadro costituzionale vigente in materia di libertà religiosa, libertà di associazione, principio di eguaglianza⁴⁵. La questione di giurisdizione richiede, in questo come in molti altri casi relativi all'individuazione della "politicalità" di un atto⁴⁶, l'interpretazione del diritto sostanziale e finanche dei principi fondamentali dell'ordinamento⁴⁷.

La difficoltà di "*secernere ciò che attiene alla sfera delle valutazioni del giudice naturale della controversia da ciò che riguarda la sua sfera di attribuzioni*"⁴⁸ determina la centralità del ruolo della Cassazione come interprete del diritto oggettivo nell'ambito dei giudizi sulla giurisdizione e specialmente in relazione al difetto assoluto di giurisdizione. Tale prospettiva merita di essere ulteriormente indagata esaminando la complessa distinzione tra (questioni di) giurisdizione e (questioni di) legittimazione ad agire nel processo amministrativo.

4. *La difficile distinzione tra giurisdizione e legittimazione ad agire nel processo amministrativo*

Risulta controverso nel processo amministrativo come il profilo della giurisdizione si distingua dall'accertamento della legittimazione processuale

al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi, in *Pol. dir.*, 2022, 92-93.

⁴³ In tal senso v. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 645.

⁴⁴ In senso critico v. V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 64 ss.

⁴⁵ Corte di Cassazione, ss. uu., 28 giugno 2013, n. 16305.

⁴⁶ Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 8 gennaio 1993, n. 124, sugli impegni assunti dal Governo nell'ambito di un accordo con organizzazioni sindacali per la riforma del settore scolastico.

⁴⁷ Non casualmente la questione che si è descritta è pervenuta, in esito al conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, all'esame della Corte Costituzionale, che si è pronunciata con sentenza del 10 marzo 2016, n. 52.

⁴⁸ Così G. VERDE, *La Corte di Cassazione*, cit., 377.

attiva nel processo amministrativo, ove quest'ultima sia intesa, secondo l'orientamento prevalente, come titolarità di una situazione giuridica protetta⁴⁹. Alla luce della giurisprudenza, la distinzione sembra correre sul sottile confine tra tutelabilità "in astratto" (o "in via assoluta") e titolarità in concreto (o "effettiva") di una data situazione⁵⁰. Si tratterebbe, in altri termini, della distinzione tra il "chiesto" e il "dovuto" che già fu oggetto di dibattito nei lavori preparatori della legge n. 3761/1877, che attribuì alla Corte di Cassazione la competenza sui conflitti tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione⁵¹.

Ma che si tratti di questione tutt'altro che risolta si desume dal diffuso orientamento dottrinale secondo cui interpretando in senso ampio il concetto di "arretramento" della funzione giurisdizionale si sarebbero risolte assicurando la piena tutela le controversie che, invece, hanno dato luogo alla sentenza della Corte Costituzionale 6/2018 e al rinvio pregiudiziale alla

⁴⁹ Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva"*, cit., 354.

⁵⁰ Cfr. *ex multis*, Corte di Cassazione, n. 31311/2021; Corte di Cassazione, ss. uu., 27 luglio 1998, n. 7339, con nota di F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in Foro it., 1999, 2010 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 6 maggio 1993, n. 5238, con nota di S. GATTAMELATA, *Interesse da tutelare*, cit., 48 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 20 gennaio 1993, n. 651; Corte di Cassazione, ss. uu., 8 agosto 1989, n. 3657; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 maggio 1983, 3145; Corte di Cassazione, ss. uu., 1° luglio 1981, n. 4256; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1972, n. 745; Corte di Cassazione, ss. uu., 12 gennaio 1966, n. 207. In dottrina v. L. VERRIENTI, *Conflitti*, cit., 394-395; R. LUCIFREDI, *Attribuzioni*, cit., 290 e 295, il quale come esempio di difetto assoluto di giurisdizione cita il caso in cui un cittadino chiedesse all'amministrazione di trasferire un monumento in un determinato luogo, poiché "su una tale domanda mai nessun organo giurisdizionale potrà pronunciarsi". Cfr. altresì M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 183-184, che evidenzia come la distinzione tra verifica in astratto e in concreto in alcuni casi risulti incerta.

⁵¹ In particolare, l'art. 4 della legge n. 3761/1877 disponeva che "la decisione sulla competenza è determinata dall'oggetto della domanda, e, quando prosegua il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione". La disposizione è stata poi riprodotta, con lievi modifiche, nell'art. 386 c.p.c.: "La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegua il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda". Sul punto v. F. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., 297; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Roma, 1910, 446-447; SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 34 ss. Per un'ampia ricostruzione storico-giuridica v. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 2 ss. In giurisprudenza v. Corte Costituzionale n. 77/2007: "il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 11, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione".

CGUE nel caso *Randstad*⁵² e che hanno generato il relativo cortocircuito istituzionale⁵³. Questo orientamento tenderebbe a identificare o almeno ad “avvicinare”, per ciò che concerne il controllo in Cassazione, i problemi della legittimazione a ricorrere e della giurisdizione. Problemi che, invece, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente⁵⁴ e secondo parte della dottrina⁵⁵ dovrebbero essere distinti, sebbene non possa trascurarsi che la distinzione tra accertamento in astratto e in concreto di una data situazione giuridica si presti a rilevanti incertezze applicative⁵⁶ ed attribuisca alla Corte

⁵² Cfr. F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio*, cit., 91 ss., il quale ritiene che la Cassazione, nel caso che ha dato origine alla questione pregiudiziale dinanzi alla CGUE, avrebbe dovuto limitarsi a decidere se l’interesse vantato dalla ricorrente esclusa fosse di mero fatto (secondo l’indirizzo del Consiglio di Stato) o giuridicamente protetto (secondo l’orientamento del giudice europeo). In senso analogo, A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *Judicium.it*, 2020, con riferimento al caso *Randstad*; R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti?” A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti di giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020, 9. Cfr. anche A. PAJNO, *L’ordinanza n. 19598/2020*, cit., 49, limitatamente però ai casi riguardanti il diritto nazionale. In una prospettiva diversa, G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. Un., ord., 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020.

⁵³ Cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, e in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 147, secondo cui il sindacato della Cassazione comprenderebbe le ipotesi, riconducibili all’eccesso di potere giudiziario nei confronti del potere legislativo, di “*arretramento*” – *aprioristico e astratto* – *dall’obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall’ordinamento, adducendo ostacoli in rito manifestamente confliggenti con il sistema normativo primario*”. In senso analogo v. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 590.

⁵⁴ V. la menzionata sentenza della Cassazione n. 3145/1983, la quale qualifica come questione di legittimazione ad agire quella relativa all’ammissibilità del ricorso proposto da un’impresa estranea a un procedimento di gara con riferimento alla legittimità di quest’ultimo. Cfr. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 11 maggio 2006, n. 10828; Consiglio di Stato, Ad. plen., 19 settembre 1979, n. 24, con nota di A. ROMANO, in *Foro it.*, 1980, 1 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 25 maggio 1971, n. 1541. In senso parzialmente diverso sembra collocarsi la recente sentenza della Corte di Cassazione, ss. uu., 5 ottobre 2021, n. 26920, che in un *obiter dictum* afferma che “*la questione della legittimazione è, per così dire, radicale nella formazione del fenomeno processuale, onde una sua ontologica prossimità con il diniego della giurisdizione potrebbe essere sostenibile, dovendosi peraltro approfondire se una siffatta prossimità rimanga tale oppure se la questione venga proprio ‘attratta’ e inclusa nella identificazione della giurisdizione*”.

⁵⁵ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 180; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 94-95.

⁵⁶ In tal senso v. già SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 35. Cfr. anche V. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, 91 ss.

di Cassazione un margine decisionale piuttosto indeterminato⁵⁷. Proprio sottolineando quest'ultimo aspetto, altra parte della dottrina ritiene che sia in generale esclusa dal sindacato della Cassazione la qualificazione, pur "in astratto," dell'interesse fatto valere per il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ritenendo che si tratti di questione di merito o, perlomeno, strettamente connessa con il merito della controversia⁵⁸.

Il tema viene così a coinvolgere la figura centrale, assieme al potere, del diritto processuale amministrativo: l'interesse legittimo, come situazione strumentale o finale⁵⁹. Esso esorbita, per la sua estensione, i confini del presente scritto⁶⁰. Parimenti, non si potrebbe qui approfondire la complessa configurazione della legittimazione ad agire che si agita tra la teoria della titolarità⁶¹ e quella della prospettazione⁶² di una situazione giuridica protetta.

Però sembra potersi dire che, in assenza di più precise indicazioni da parte del giudice costituzionale, i limiti del sindacato in Cassazione, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia dipendono, in ultima analisi, dalla stessa Corte di Cassazione e dal modo in cui essa interpreta la figura dell'interesse legittimo⁶³ ed intende il sottile confine tra accertamento in astratto e in concreto. Sicché, sotto questo profilo, non così ristretti appaiono i margini di intervento sulle sentenze del giudice amministrativo e contabile. Tale prospettiva appare rafforzata qualora si considerino le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla sfera riservata all'amministrazione e al legislatore, su cui ci si soffermerà nelle pagine seguenti.

⁵⁷ Si vedano ad esempio Corte di Cassazione, ss. uu., 10 ottobre 1974, n. 2756 e Corte di Cassazione, ss. uu., 9 ottobre 1974, n. 2714, annotate da C.M. BARONE, in *Foro it.*, 1974, 3317 ss., che si soffermano diffusamente sulle situazioni giuridiche dei consiglieri di Stato in relazione al provvedimento di assegnazione dei consiglieri di nomina governativa alle sezioni giurisdizionali.

⁵⁸ In tal senso M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1709 ss.

⁵⁹ Cfr. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour*, cit., 95 ss.

⁶⁰ In tema v., da ultimo, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020.

⁶¹ A favore di tale orientamento v. A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020. In giurisprudenza, *ex multis*, Corte di Cassazione, ss. uu., 2 agosto 2019, n. 20820. v.

⁶² A favore della tesi della prospettazione v. F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.; L. FERRARA, *Un errore di fondo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 919 ss.

⁶³ In questa prospettiva v. S. GATTAMELATA, *Interesse da tutelare*, cit., 61.

5. I limiti della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa

Con riferimento all'attività amministrativa, le questioni di giurisdizione si esprimono, secondo l'orientamento tradizionale e ribadito dalla Corte Costituzionale, come invasione di una sfera riservata all'Amministrazione (anche "europea"⁶⁴) o, viceversa, "arretramento" della tutela giurisdizionale in base all'erroneo presupposto che sussista tale riserva⁶⁵. Tali questioni attengono, di regola, alla natura e ai limiti del potere discrezionale della PA⁶⁶, che è, secondo parte della dottrina, il potere vero e proprio⁶⁷ o almeno quello in cui si esprime l'autonomia dell'Amministrazione⁶⁸.

Che si tratti di questione di giurisdizione in senso proprio è da lungo tempo e autorevolmente contestato in dottrina, la quale ha notato che la declaratoria del difetto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo costituisce l'esito di una valutazione (di merito) per cui il giudice "*ricosce che l'amministrazione ha il diritto di agire con la massima discrezionalità possibile e, quindi, chi vi si oppone ha torto*"⁶⁹. Sotto questo aspetto, la

⁶⁴ Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 11 marzo 2020, n. 7012, sulla invasione dei poteri riservati alla Commissione europea in materia di aiuti di Stato.

⁶⁵ In giurisprudenza v. *ex multis* Corte di Cassazione, ss. uu., 10 settembre 2019, n. 22568; Corte di Cassazione, ss. uu., 19 ottobre 2012, n. 17936; Corte di Cassazione, ss. uu., 22 settembre 1997, n. 9344, con nota di B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, 1567 ss. Relativamente alle ragioni del sindacato sul rifiuto di giurisdizione, nella forma dell'arretramento del controllo rispetto ai provvedimenti amministrativi v. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, 2020, 103.

⁶⁶ Come osserva M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 119, "*se il potere è integralmente vincolato (...), lo spazio del merito (dunque lo spazio «riservato» all'Amministrazione, ndr) è nullo*". In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1999, n. 137; Corte di Cassazione, ss. uu., 4 aprile 1997, n. 1908; Corte di Cassazione, ss. uu., 14 gennaio 1997, n. 313; Corte di Cassazione, ss. uu., 3 luglio 1993, n. 7288.

⁶⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

⁶⁸ Cfr. A. ROMANO, "*L'ordinamento giuridico*" di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 252 ss.; ID., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 179-180.

⁶⁹ F. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., 306. Lo stesso Autore aggiunge (p. 308) che "*la statuizione sulla giurisdizione viene formulata (...) improponibilità assoluta dell'azione (...); ciò accade perché, anche in tal caso, il giudice enuncia il principio, statuisce, cioè, sulla tutela dei diritti e degli interessi*". In senso analogo v. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di*

posizione della Corte Costituzionale appare ancorata a quella rigida concezione del principio della divisione dei poteri che, come notava Santi Romano, ha largamente influenzato l'originaria disciplina dei "conflitti" di attribuzione e di giurisdizione⁷⁰, conducendo a "un concetto inesatto della funzione giudiziaria"⁷¹. Concezione che sembra mantenere la propria capacità di condizionamento fino ai nostri giorni, pur in un quadro di rapporti tra amministrazione e giurisdizione, e più in generale tra cittadini e Stato, modificato dalla Carta Costituzionale⁷².

Nonostante i menzionati ostacoli logico-giuridici⁷³, seguendo il ragionamento della Corte Costituzionale, che trova sostegno nella normazione primaria e nell'orientamento tradizionale della giurisprudenza, rientra tra i motivi di giurisdizione stabilire se il giudice abbia invaso la sfera di attribuzioni propria dell'autorità amministrativa. Tale valutazione richiede di definire il confine tra discrezionalità e merito⁷⁴. Ma se il merito è lo spazio libero dell'attività amministrativa, una volta rispettati i principi e le norme sulla discrezionalità⁷⁵, allora l'estensione del merito dipende in

potere giurisdizionale, cit., 1707 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.; L. IANNICELLI, *Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione*, cit., 3398; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 443 ss., che richiama anche le posizioni espresse da Mantellini e Mancini nel corso dei lavori parlamentari; SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 28 ss. Cfr. anche F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 61 e 298 ss., che prospetta l'incostituzionalità del regolamento di giurisdizione dinanzi alla Cassazione delle questioni di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, atteso che "la questione è di giurisdizione solo perché il legislatore la chiama così; in realtà si tratta di una questione di merito che col regolamento viene distolta dal processo e rimessa alla cognizione delle Sezioni unite". V. pure Id., *Sul difetto di giurisdizione*, cit., 2010-211. Nello stesso senso v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giurisdizione*, in *Foro it.*, 1994, 22-23. Più di recente v. Id., *Su Cass. S.U.*, cit., par. 3.

⁷⁰ Cfr. SANTI ROMANO, *op. ult. cit.*, 2-3. V. anche A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 648-649; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 71 ss.

⁷¹ SANTI ROMANO, *op. ult. cit.*, 8.

⁷² Sottolinea gli aspetti innovativi della Costituzione rispetto alla tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione A. CORPACI, *Note per un dibattito*, cit., 342 ss.

⁷³ Sul punto v., per tutti, SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 19 ss. il quale nega la possibilità di un vero e proprio conflitto tra autorità giudiziaria e amministrativa e di "invasione" della prima rispetto alla sfera propria della seconda in ragione del fatto che "il giudice è autorizzato a definire se e quando un'autorità amministrativa agisce legittimamente nella sfera della competenza attribuitale". A maggior ragione tale ragionamento è valido ora che in forza dell'art. 113, comma 1, Cost., come nota F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione*, cit., 2011, "è a priori escluso che il giudice ordinario possa mai essere privo di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione".

⁷⁴ Cfr. V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 83.

⁷⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 119, definisce il merito come l'"eventuale ambito di scelta spettante all'amministrazione che si pone al di là dei limiti coperti

maniera decisiva dall'interpretazione di tali principi e norme⁷⁶, a partire dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. La Cassazione svolge, dunque, un ruolo centrale nella interpretazione dei principi e delle regole che definiscono i confini della nozione di discrezionalità⁷⁷ e, sotto il profilo patologico, dell'eccesso di potere⁷⁸.

Ne consegue che qualora la Cassazione decidesse di approfondire le "sottili distinzioni" tra discrezionalità e merito, come talvolta accade⁷⁹, essa potrebbe esercitare un controllo piuttosto intenso sulle sentenze del giudice amministrativo⁸⁰. Se ciò, di regola, non avviene, sembra più imputabile a

dall'area della legalità (cioè dai vincoli giuridici posti dalle norme e dai principi dell'azione amministrativa)".

⁷⁶ In questa prospettiva v. SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 25: "senza alcun dubbio, l'autorità amministrativa ha una sfera di funzioni il cui esercizio è ad essa affidato, ma non è nemmeno dubbio che il definire se questa sfera di poteri discrezionali esista e fino a che punto si estenda è compito dell'autorità giudiziaria". Cfr. anche V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 93.

⁷⁷ Cfr. B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 1569 ss., il quale nota come l'orientamento della Cassazione abbia ampliato gli spazi del sindacato di legittimità del giudice amministrativo con particolare riferimento all'accertamento e alla valutazione dei fatti. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 7 settembre 2020, n. 18592, sull'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale a professore ordinario nel caso di "esaurimento" della discrezionalità tecnica; Corte di Cassazione n. 1013/2014.

⁷⁸ Rilievo paradigmatico assume, in proposito, Corte di Cassazione, ss. uu., 26 luglio 1990, n. 7560, che si sofferma ampiamente sui limiti del sindacato di legittimità rispetto alle decisioni amministrative su avanzamenti di carriera di dipendenti pubblici. Su tale materia v. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 8 gennaio 1997, n. 91. Cfr. inoltre Corte di Cassazione, ss. uu., 8 marzo 2012, n. 3622, sul conferimento di incarichi direttivi da parte del Consiglio superiore della magistratura; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 luglio 1993, n. 7841, con nota di C.M. BARONE, in *Foro it.*, 15 luglio 1993, n. 7841; Corte di Cassazione, ss. uu., 14 maggio 1987, n. 4442; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1972, n. 745; Corte di Cassazione, ss. uu., 21 marzo 1934, con nota critica di L. MORTARA, *Sindacato delle sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1934, 495 ss. V. anche O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 68 ss., critico verso due sentenze della Cassazione che limitavano eccessivamente la portata dell'eccesso di potere.

⁷⁹ Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 17 febbraio 2012, n. 2312, sulla valutazione di affidabilità di un operatore economico, con nota critica di B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1589 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 novembre 2011, n. 23302, sui limiti della giurisdizione di merito nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Su

⁸⁰ Cfr. in chiave critica F. CHIRICO, A. POLICE, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»*, cit., 127-128. V. anche G. VERDE, *La Corte di Cassazione*, cit., 381, secondo cui lo spazio di intervento consentito alla Cassazione appare, in queste ipotesi, "assai vasto".

un atteggiamento di *self-restraint* o di “prudenza”⁸¹ che ai confini (generici) della nozione di difetto assoluto di giurisdizione, come delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6/2018.

Non sembra un caso che le posizioni maggiormente “protettive” verso la giurisdizione amministrativa ritengano che dovrebbe essere escluso dal sindacato della Cassazione il controllo sul difetto assoluto di giurisdizione rispetto all’attività amministrativa discrezionale⁸². Tale tesi, sebbene possa ritenersi la più coerente sotto il profilo logico-giuridico, sembra scontrarsi col *dictum* della sentenza n. 6/2018 del giudice delle leggi.

Il giudizio *ex art.* 111, comma 8 Cost., *sub specie* di verifica del difetto assoluto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo, consente alla Corte di Cassazione margini non trascurabili di controllo sulla corretta applicazione delle norme e dei principi che regolano l’attività discrezionale⁸³. Ciò, se da un lato sembra smentire la rigida separazione tra attribuzione e modalità di esercizio del potere giurisdizionale⁸⁴, dall’altro permette di porre rimedio perlomeno alle più gravi violazioni del diritto oggettivo poste in essere dal giudice amministrativo quando assume rilievo l’esercizio di poteri amministrativi discrezionali.

⁸¹ Giudicano positivamente l’atteggiamento prudenziale delle Sezioni Unite, pur da punti di vista diversi, A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 678 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1685 e 1688; A. CORPACI, *Note per un dibattito*, cit., 357-358. Una particolare prudenza era parimenti invocata da SANTI ROMANO, *I giudizi sui conflitti*, cit., 85 ss., nell’ambito però di un contesto istituzionale piuttosto diverso. Cfr. anche R. LUCIFREDI, *Attribuzioni*, cit., 290, il quale notava che la “Corte di Cassazione ha fatto ottimo uso dei poteri a lei attribuiti, e non ha in alcun modo giustificato quei timori di intrusione sua nei campi di spettanza dell’esecutivo, che in passato tanto si prospettavano”, aggiungendo però che “questa sua cautela” appariva “talvolta fin eccessiva”.

⁸² In tal senso v. M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 677; ID., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1677 ss.

⁸³ In proposito v. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 646: “le sezioni unite possono (...) riesaminare le caratteristiche strutturali e gli effetti del sindacato di legittimità compiuto dal Consiglio di Stato: il che conferisce alla Cassazione il potere di stabilire il regime sostanziale dell’attività amministrativa attraverso l’individuazione dei limiti della sua sindacabilità”.

⁸⁴ Cfr. Corte Costituzionale n. 77/2007, par. 7 del considerato in diritto: “deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione”. Contesta la possibilità di operare una netta separazione A. CASSATELLA, *op. ult. cit.*, 642.

6. I limiti della giurisdizione rispetto al potere legislativo

La sentenza n. 6/2018 ha ribadito l'orientamento tradizionale secondo cui l'invasione da parte del giudice della sfera riservata al legislatore costituisce una questione di giurisdizione sindacabile dalla Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. Individuare quando tale ipotesi, così genericamente delineata, si realizza appare particolarmente complesso. Alla luce del diritto vivente, si ha difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti del potere legislativo, allorché viene alterato il rapporto legge-giudice, delineato dall'art. 101, comma 2, Cost. Ciò avviene, ad esempio, quando il giudice amministrativo annulla (o gli viene richiesto di annullare) una legge-provvedimento⁸⁵ o allorché applica una legge che ritiene incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte Costituzionale⁸⁶. Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, inoltre, tale ipotesi si verifica allorché *“il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete”*. Siffatta situazione dovrebbe distinguersi da quella in cui il giudice *“si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione”*⁸⁷.

La distinzione tra (eventualmente errata) interpretazione e creazione di norme giuridiche, sebbene teoricamente comprensibile, si presenta sul piano applicativo piuttosto sfuggente e sembra risolversi in una valutazione di gravità del vizio, ossia dell'*error in procedendo* o *in iudicando*. Il tema interseca il problema, fondamentale nell'ambito della teoria generale del diritto, dell'interpretazione, la cui analisi, per la sua complessità ad ampiezza, eccederebbe i confini del presente scritto⁸⁸. Nei limiti di quanto necessario per l'individuazione del difetto di assoluto di giurisdizione nei confronti del potere legislativo si ritiene comunque opportuno proporre le

⁸⁵ Cfr. Consiglio di Stato, 22 marzo 2021, n. 2409.

⁸⁶ In proposito v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., 122.

⁸⁷ Corte di Cassazione, ss. uu., 4 dicembre 2020, n. 27770, relativa all'equiparazione, operata dal Consiglio di Stato ai fini della annotazione sul casellario informatico, tra omissione e falsità della dichiarazione in relazione alla partecipazione a una procedura di gara. In senso analogo v. Corte di Cassazione, n. 11456/2022.

⁸⁸ In tema v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 2016, 391 ss.; R. ALEXI, *Interpretazione giuridica (ad vocem)*, in *Enc. sc. soc.*, 1996, 64 ss.

seguenti osservazioni.

Se la disposizione è una proposizione normativa (*Normsatz*) da cui si ricava, per via interpretativa, la norma giuridica⁸⁹, l'erronea interpretazione conduce a dedurre dalla disposizione una norma diversa da quella "corretta"⁹⁰. In questa prospettiva, la distinzione tra erronea interpretazione e creazione di norme sembrerebbe basarsi sul "grado" o "intensità" dell'errore operato dal giudice, dunque su un elemento "quantitativo" che, in quanto tale, non appare idoneo a fondare la stessa su basi solide e razionali (e perciò controllabili e verificabili)⁹¹.

La Corte di Cassazione rifiuta tale tesi, affermando che la creazione di una norma è l'attribuzione alla disposizione di un significato che non rientra nelle "*possibili varianti di senso consentite dal testo*"⁹². Ma stabilire quali siano tali possibili varianti è ancora una questione di interpretazione⁹³, sicché in definitiva non sembra sfuggirsi all'impressione che la distinzione tra creazione ed erronea applicazione di una norma giuridica dipenda da un dato "quantitativo", quale l'"allontanamento" dal significato corretto che si ritiene ricavabile da una disposizione⁹⁴. Non si può trascurare che nel "diritto vivente" tale vizio sia riconosciuto in casi eccezionali⁹⁵. Ma

⁸⁹ Cfr. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012 (ed. originale: ID., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994), 67 ss.

⁹⁰ Cfr. R. ALEXI, *Interpretazione giuridica*, cit., 66: "come attività l'interpretazione non tende a un risultato qualsiasi ma a un risultato corretto: l'interpretazione corretta".

⁹¹ Cfr. R. ALEXI, *op. ult. cit.*, 70, secondo cui "anche l'integrazione del diritto in senso stretto [che comprende l'ipotesi di creazione di una norma, ndr] è interpretazione". V. anche, con riferimento al tema della indeterminatezza dei concetti giuridici M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 108 ss. Cfr. altresì A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, 93 ss.

⁹² Corte di Cassazione n. 27770/2020.

⁹³ Sul punto v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 98.

⁹⁴ Non sembra sfuggire al criterio delineato nel testo la tesi di F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss., secondo cui "solo quando il giudice nell'interpretare la legge ponga la stessa fuori del sistema, e quindi neghi il sistema, può ragionevolmente ritenersi che egli fuoriesca dai limiti dell'interpretazione per sconfinare nella zona dell'arbitraria «creazione» del diritto". Stabilire quale sia il "sistema" e quali siano i suoi confini sembra, ancora, una questione di interpretazione giuridica.

⁹⁵ Il più delle volte si esclude l'invasione della sfera riservata al legislatore da parte del giudice amministrativo. Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, ss. uu., 3 marzo 2020, n. 5905; Corte di Cassazione, ss. uu., 25 marzo 2019, n. 8311; Corte di Cassazione, ss. uu., 26 marzo 2012 n. 4769; Corte di Cassazione, ss. uu., 28 febbraio 2019 n. 6059. In dottrina v. F. CHIRICO, A. POLICE, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»*, cit., 126; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 179.

questo sembrerebbe derivare più da un atteggiamento di “prudenza” della Cassazione⁹⁶ che dalla definizione teorica dei contorni del difetto assoluto di giurisdizione, il quale da un lato sembra piuttosto fondarsi su criteri piuttosto ambigui, specialmente in un contesto ordinamentale ove assumono grande rilevanza i principi (anzitutto costituzionali) e le clausole generali, dall'altro poggia su un parametro quantitativo che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto in linea di principio inidoneo a individuare l'ambito dei “motivi inerenti alla giurisdizione”.

Alla luce dell'analisi svolta, la rigida separazione tra “essenza” e modo di esercizio della funzione giurisdizionale si scontra col fatto che le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione ammesse dalla Corte Costituzionale presentano confini parzialmente incerti e indeterminati⁹⁷.

Tale rilievo si presta a valutazioni opposte. Da un lato, sotto il profilo istituzionale, l'assetto dei rapporti tra le “giurisdizioni superiori” presenta taluni aspetti di “fluidità” che dipendono dal modo in cui la Corte di Cassazione interpreta il proprio ruolo di giudice della giurisdizione. Ciò vale particolarmente se si ritiene che il giudice costituzionale non possa spingersi al punto di individuare nel dettaglio quali siano i motivi inerenti alla giurisdizione, menzionati ma non definiti nella Carta costituzionale⁹⁸, riservandosi tale compito alla Corte di Cassazione⁹⁹.

D'altro lato, sotto il profilo della tutela degli interessi protetti, la predetta incertezza fornisce alla Cassazione non irrilevanti margini di manovra¹⁰⁰ per la correzione delle più gravi ipotesi di “diniego di giustizia”

⁹⁶ Per una lettura critica della “prudenza” della Corte di Cassazione nell'esercizio del sindacato sulle questioni di giurisdizione v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., 131 ss. Cfr. anche A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 513 ss., che individua alcune ipotesi di creazione del diritto da parte del Consiglio di Stato.

⁹⁷ In questa prospettiva v. F. CHIRICO, A. POLICE, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»*, cit., 125. Cfr. anche F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1561: “il compito di presidiare i c.d. limiti esterni delle giurisdizioni comport[a] spesso, inevitabilmente, una ‘incursione’ sulle modalità di esercizio della stessa”; V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 63-64.

⁹⁸ Sul punto v. L. VERRIENTI, *Conflitti*, cit., 393.

⁹⁹ In tal senso F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1556 ss. V. anche E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, 62, il quale nota che la Corte Costituzionale “non è competente a compiere direttamente un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: questo è piuttosto un risultato, ma non un effetto giuridico vincolante, dei suoi orientamenti”. In questa prospettiva v. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 187. Auspica, invece, un intervento più incisivo del giudice costituzionale al fine di contrastare “l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione” M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1703-1704.

¹⁰⁰ Sottolineava come “il campo dei motivi attinenti alla giurisdizione è, nell'applicazione pratica, assai vasto” E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione*, cit., 349-350

o per assicurare l'attuazione del principio di effettività della tutela e del giusto processo¹⁰¹ o ancora per garantire che la funzione giurisdizionale sia esercitata conformemente al quadro dei valori costituzionali¹⁰². In altri termini, la Corte di Cassazione piuttosto che tentare di ampliare il proprio controllo a motivi diversi rispetto a quelli riconosciuti dall'orientamento tradizionale e da ultimo confermato dal giudice delle leggi, potrebbe "sfruttare" le "pieghe" del difetto assoluto di giurisdizione per porre rimedio alle più gravi forme di *errores in procedendo* o *in iudicando*¹⁰³.

7. *Il caso Randstad: l'art. 111, comma 8, Cost. al cospetto della Corte di Giustizia UE*

Le Sezioni unite, con ordinanza n. 19598/2020, hanno chiesto alla Corte di Giustizia UE di stabilire se l'impossibilità per la Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato sotto il profilo della violazione del diritto dell'Unione, come interpretato dal relativo giudice, contrastasse con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, specialmente nelle ipotesi in cui risultasse così impedito l'accesso del ricorrente alla tutela giurisdizionale. Hanno chiesto altresì di verificare se l'esclusione dal sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.* del controllo sul rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del supremo giudice amministrativo si ponesse in contrasto col diritto sopranazionale. Infine, con riferimento al merito della controversia, se contrastasse con il diritto UE l'omesso esame di motivi del ricorso principale per l'annullamento di una procedura di gara, in ragione dell'esclusione del ricorrente da detta gara per il mancato superamento della "soglia di sbarramento".

La pronuncia *Randstad*, con cui la Grande sezione della Corte di Giustizia ha risposto ai menzionati quesiti, presenta notevole importanza in quanto riporta i termini del dibattito sull'art. 111, ult. comma, Cost. entro i confini nazionali, fornendo altresì, in continuità con l'orientamento

¹⁰¹ In questa prospettiva v. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 588 ss.; E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 70-71.

¹⁰² Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 656 ss. e 685 ss.

¹⁰³ Cfr. F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1560-1561, il quale nota che "il giudizio per motivi inerenti alla giurisdizione ha assunto stabilmente dimensioni che vanno ben oltre la stretta definizione di ambiti di competenza; e ciò ben prima dell'affermarsi dell'orientamento" respinto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 6/2018. V. anche A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1122-1123.

precedente, importanti precisazioni sul rapporto tra ordinamento interno e ordinamento sopranazionale in materia processuale e sul concetto di effettività della tutela giurisdizionale in chiave europea.

Sotto il primo aspetto, viene in rilievo, da un lato, la relazione tra la sovranità nazionale e l'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto dell'Unione europea (v. *infra*, par. 8), dall'altro il rapporto tra quest'ultimo e le norme nazionali di rango costituzionale (par. 9). Sotto il secondo aspetto, si esaminerà il significato e la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale nel contesto eurounitario in rapporto alla garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri (par. 10), verificando se tale principio è rispettato nell'ordinamento processuale amministrativo italiano (par. 11). Si analizzerà, inoltre, la specifica questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come motivo inerente alla giurisdizione (par. 12).

8. L'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto UE

La Corte di Giustizia nella sentenza *Randstad* ha espunto dall'oggetto della prima questione pregiudiziale l'art. 2 TFUE, che regola il riparto di competenze legislative tra Unione e Stati membri¹⁰⁴. Tale precisazione, tutt'altro che marginale, contrasta la tesi proposta dall'ordinanza di rimessione¹⁰⁵, secondo la quale il giudice che pronunci una sentenza in contrasto con il diritto UE¹⁰⁶ eserciterebbe “*un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo*”, poiché nelle materie di competenza (esclusiva) dell'Unione gli Stati membri avrebbero rinunciato all'esercizio della sovranità¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sentenza *Randstad*, punto 45.

¹⁰⁵ Ordinanza n. 19598/2020, par. 32. Commenta positivamente tale passaggio, collegandolo al “*processo di integrazione europea, come fenomeno che conduce a ripensare la statualità stessa e i suoi cardini, superando lo schema paradigmatico dell'ordinamento nazionale inteso come espressione di sovranità assoluta*” E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come “motivo di giurisdizione”*, in *Foro it.*, 2020, 3419 ss.

¹⁰⁶ Dalla lettura dell'ordinanza sembrerebbe intendersi ogni norma, sostanziale o processuale, dell'Unione europea. Sul punto M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit.

¹⁰⁷ Nonostante alcune ambiguità dell'ordinanza, tale tesi sembrerebbe valere anche per le ipotesi in cui, in assenza di un orientamento consolidato della CGUE sulla questione di diritto rilevante per la risoluzione della controversia, il giudice nazionale è legittimato (obbligato, se di ultima istanza) a sollevare questione pregiudiziale dinanzi al giudice europeo. In tal senso, M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit. V. anche M. CHITI, *La*

Siffatta ricostruzione ha destato consistenti perplessità nei primi commenti all'ordinanza, poiché da essa sembrava discendere che le sentenze che applicano erroneamente il diritto UE sarebbero emanate in assenza di potere giurisdizionale e dunque radicalmente nulle, in quanto emesse *a non iudice*, e da disapplicare in ogni momento¹⁰⁸. Data la sua generalità, tale principio sarebbe stato applicabile anche alle sentenze della stessa Cassazione¹⁰⁹ e finanche agli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE¹¹⁰. Tali drastiche conseguenze¹¹¹, accresciute dalla “pervasività” del diritto europeo in ampi settori dell'ordinamento nazionale e dell'attività amministrativa¹¹², apparivano in conflitto con il principio di certezza del diritto, rilevante non solo nell'ordinamento nazionale ma anche nell'Unione europea¹¹³.

Corte Costituzionale, cit., 19.

¹⁰⁸ È curioso che una tesi simile sia stata proposta, per così dire, “a parti invertite” da V. CAIANIELLO, *Il limite esterno*, cit., 98-99, il quale sosteneva che qualora una sentenza della Cassazione oltrepassasse i limiti definiti dall'attuale art. 111, comma 8, Cost. essa invaderebbe “*la riserva costituzionale di giurisdizione spettante ad un giudice diverso*”, sicché la relativa pronuncia “*potrebbe essere considerata tanquam non esset, secondo il principio in base al quale la carenza di potere in radice dà luogo ad un atto inesistente*”.

¹⁰⁹ Come afferma M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 7, non sembrerebbe corretto ritenere che “*la Corte di Cassazione, sotto l'aspetto strutturale, sia titolare di una particolare legittimazione eurounitaria, quale “garante naturale” della sovranità europea, diversa da quella spettante al Consiglio di Stato, nel quadro costituzionale del pluralismo delle giurisdizioni*”. L'Autore aggiunge poi che il contrasto con il diritto UE potrebbe verificarsi anche con riferimento alle sentenze della Cassazione, in mancanza di “*dati oggettivi capaci di far prevedere che la Cassazione abbia un minore tasso di fallibilità*”. In senso analogo v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 20; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 680.

¹¹⁰ Sul punto, M. LIPARI, *ibidem*.

¹¹¹ Secondo M. LIPARI, *op. ult. cit.*, l'allargamento del sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato a tutte le violazioni del diritto UE avrebbe determinato “*la necessità di rivedere globalmente la lettura dell'art. 111, co. 8, secondo una sorta di inversione logica del principio di equivalenza nella tutela di posizioni giuridiche riconosciute dal diritto UE e dal diritto nazionale, espresso dalla CGUE. È, in effetti, restando sul piano delle supposizioni, resterebbe difficile spiegare il diverso trattamento delle altre violazioni: in primis del diritto della CEDU e, in secondo luogo, dell'intero diritto nazionale, in forza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost.*”. Un ampliamento del sindacato della Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost., renderebbe inoltre dubbia la possibilità di considerare il Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267 TFUE. In tal senso v. A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 71.

¹¹² Sul punto, M. LIPARI, *op. ult. cit.*, par. 15. In tema v. anche L. DE LUCIA – B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

¹¹³ L'esigenza di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche, in particolare a seguito di

La Cassazione sembrava applicare principi giurisprudenziali sviluppati con riferimento a rapporti tra norme a rapporti tra sentenze e norme o tra sentenze nazionali e sentenze europee. Concependo la sentenza come atto normativo, la violazione del diritto UE da parte della stessa sarebbe equivalsa a usurpazione del potere legislativo attribuito all'Unione, con il conseguente obbligo di disapplicazione.

Il tema, così posto, sembra intersecare complesse questioni di teoria generale del diritto relative alla natura delle sentenze come atti che producono norme (particolari e concrete)¹¹⁴ e alla distinzione tra creazione e applicazione del diritto, che costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto¹¹⁵. Al di là del problema generale, il cui esame esorbiterebbe dai confini del presente scritto, si pone la questione, più circoscritta, se l'orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento ai rapporti tra norme interne e norme UE aventi efficacia diretta, che impone la disapplicazione delle prime in caso di conflitto, si possano estendere ai rapporti tra sentenze nazionali e norme UE. L'analisi della giurisprudenza europea e nazionale sembra fornire una risposta negativa.

La nota sentenza *Simmenthal*¹¹⁶ riferiva il potere-dovere di disapplicazione giudiziale esclusivamente alle leggi o agli atti di normazione interni che si ponessero in contrasto con disposizioni del diritto UE direttamente efficaci¹¹⁷. La Corte distingueva in maniera molto

controversie decise con sentenza definitiva, emerge in una pronuncia emessa in pari data alla sentenza *Randstad* (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri) nella quale si afferma l'incompatibilità col diritto UE di una normativa nazionale che disponeva la nullità assoluta di un'ampia gamma di sentenze definitive in materia di reati finanziari, rischiando di compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela dei suoi interessi finanziari. In dottrina v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 5.
¹¹⁴ V.H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (ed. orig. 1934), 108-109, che coerentemente relativizza (pp. 111-112) la distinzione tra produzione e applicazione del diritto. In tema v. anche M. LUCIANI, *Interpretazione*, cit., 391 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 301 ss. e 356 ss.

¹¹⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1968 (ed. orig. 1932), 8. V. anche M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 403.

¹¹⁶ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 9 marzo 1978, causa 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Spa Simmenthal.

¹¹⁷ Punto 17 della sentenza *Simmenthal*: "in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso jure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne,

chiara la funzione legislativa (o di normazione), di “creazione” del diritto oggettivo, dalla funzione giudiziaria, di interpretazione, applicazione e, eventualmente, disapplicazione delle norme interne e sopranazionali. Tale posizione si è consolidata nella giurisprudenza successiva, ove il potere di disapplicazione è stato esclusivamente riferito ad atti normativi¹¹⁸. Non sembra, inoltre, inutile notare che nella sentenza *Simmenthal* il giudice europeo precisava che il potere-dovere di disapplicazione ricade solo sui giudici che siano, secondo il diritto nazionale, competenti a risolvere una determinata controversia; solo questi ultimi sono tenuti a compiere “*tutto quanto è necessario*” per assicurare l’attuazione del diritto UE¹¹⁹.

Analoga conclusione sembra potersi raggiungere sulla base della giurisprudenza costituzionale. La nota sentenza *La Pergola*¹²⁰ fa leva sulla “cessione di sovranità” all’ordinamento europeo, concepito come autonomo e distinto rispetto a quello nazionale¹²¹, per negare che, nelle materie attribuite alla competenza della Comunità (ora Unione) europea, la legislazione interna possa “costituire ostacolo” all’applicazione dei regolamenti europei. Tale pronuncia, dunque, al pari della giurisprudenza

dell’ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie”.

¹¹⁸ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande sezione, sentenza 18 maggio 2021, cause riunite C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 e C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c. Inspecția Judiciară e altri, punti 244 ss.

¹¹⁹ Sentenza *Simmenthal*, punti 21-22: “*qualsiasi giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria; è quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell’ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all’atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie”.*

¹²⁰ Corte Costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170.

¹²¹ La Corte afferma (par. 4) che “*vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato*”. Sul punto, la costruzione del giudice costituzionale si differenzia da quella assunta dal giudice europeo nella sentenza *Simmenthal*, la quale, come già notato, concepisce le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni europee come “parte integrante” degli ordinamenti nazionali.

successiva¹²², ha ad oggetto il rapporto tra legislazione (o normazione) nazionale e legislazione (o normazione) europea.

In base alla giurisprudenza, dunque, la cessione di sovranità riguarda l'attribuzione del potere normativo che, in determinate materie, è attribuita agli organi dell'Unione europea, peraltro secondo presupposti e modalità diversificate a seconda che si tratti di ambiti di competenza esclusiva o concorrente¹²³. La cessione dei poteri sovrani non riguarda, o riguarda in misura diversa e minore, il piano dell'applicazione giudiziale delle norme, formate secondo i criteri di competenza sopra menzionati. Ciò in quanto l'Unione europea ha sì istituito organi giudiziali propri, ma ha altresì precisamente delimitato le loro competenze in modo da non esautorare affatto gli organi giurisdizionali nazionali del potere di giudicare le controversie che concernano l'applicazione del diritto UE¹²⁴. Anzi, il sistema istituzionale dell'Unione europea presuppone e richiede che gli Stati membri, secondo il principio di autonomia, approntino gli organi deputati all'applicazione in via giudiziale del diritto UE, che si pongono così come giudici "comuni" del diritto dell'Unione europea¹²⁵, e definiscano le procedure tramite cui le controversie debbano essere risolte, pur entro i limiti dei principi di effettività ed equivalenza¹²⁶.

In altri termini, l'attribuzione della competenza legislativa all'Unione europea non esclude affatto la competenza del giudice nazionale ad applicare il relativo diritto; l'attività dei giudici nazionali è anzi strumento essenziale per garantire l'effettività dell'ordinamento europeo. La diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali induce a non poter accogliere la tesi proposta dalla Cassazione, che viceversa tende a sovrapporre i piani della produzione e della interpretazione/applicazione del diritto¹²⁷.

¹²² Cfr. Corte Costituzionale, 7 novembre 1995, n. 482; Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389. Nella giurisprudenza amministrativa v., *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9.

¹²³ Art. 2 TFUE.

¹²⁴ Sul punto v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 51.

¹²⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza *Randstad*, punto 46. V. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 22 febbraio 2022, causa C-430/21, RS, punto 62; Corte di Cassazione, ss. uu., ord. n. 24107/2020. In dottrina v. G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 2020, 243.

¹²⁶ Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94. Cfr. anche A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 51-52.

¹²⁷ In questa prospettiva v. A. PAJNO, *op. ult. cit.*, 49-50; A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 69-70.

In effetti, non si può trascurare che la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Randstad* affermi che a fronte di una giurisprudenza nazionale contrastante con l'ordinamento dell'Unione sussiste l'obbligo del giudice (nazionale) di discostarsene (punto 54) e "disapplicarla" (punto 79)¹²⁸. Ma qui l'obbligo di disapplicazione è riferito non ad una sentenza determinata, bensì a un determinato orientamento giurisprudenziale o, forse più precisamente, ai principi di diritto che esso afferma. La stessa Corte, infatti, chiarisce che il soggetto leso dall'errata interpretazione del diritto UE, in assenza di ulteriori mezzi di impugnazione della sentenza, può solo chiedere il risarcimento del danno facendo valere la responsabilità dello Stato membro per inesatta applicazione del diritto sopranazionale (punto 80). Su quest'ultimo punto ci si soffermerà *infra*.

Dall'espunzione dell'art. 2 TFUE dall'oggetto della prima questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione sembra potersi desumere l'impossibilità di equiparare le sentenze agli atti normativi in relazione al contrasto col diritto dell'Unione europea. Una siffatta equiparazione comporterebbe, infatti, il disconoscimento della diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali nei rapporti tra UE e Stati membri; in altri termini, un'alterazione dell'assetto istituzionale tra i due ordinamenti, come definito dai Trattati. Non sembra possibile, dunque, giustificare sulla base di una generica e indeterminata "cessione di sovranità" l'indiscriminata e assoluta prevalenza del diritto UE e delle sentenze degli organi giurisdizionali europei sul diritto nazionale e sulle sentenze dei giudici nazionali¹²⁹. Sembra metodologicamente più corretto verificare in che misura e in che termini la cessione di sovranità si realizza, distinguendo, secondo quanto si è osservato, il piano della funzione legislativa da quello della funzione giurisdizionale.

¹²⁸ Nella versione inglese si utilizza in entrambi i passaggi lo stesso termine: *disregard*.

¹²⁹ In questa prospettiva v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 23. Sul rapporto tra sovranità e diritto oggettivo v. L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 165.

9. Rapporto tra norme costituzionali e ordinamento dell'Unione europea

La pronuncia *Randstad* fornisce importanti precisazioni anche rispetto al rapporto tra norme costituzionali e diritto dell'Unione in materia processuale. La Corte di Giustizia ribadisce l'orientamento consolidato secondo cui in base al principio del primato del diritto dell'Unione è inammissibile che norme di diritto interno, quand'anche di rango costituzionale, ne pregiudichino l'unità e l'efficacia¹³⁰. Con una pronuncia emessa nella stessa data della sentenza *Randstad*, la Corte ha ribadito la centralità di tale principio come cardine dell'ordinamento giuridico europeo e garanzia della sua effettività, nonché dell'uguaglianza tra gli Stati membri (e dunque tra i cittadini europei)¹³¹. Con riferimento alla materia processuale, ciò comporta che “*gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi*”¹³².

Tale posizione si contrappone alla tesi, talvolta sostenuta o quantomeno “suggerita” dalla dottrina nazionale, secondo cui le questioni del riparto (interno) di giurisdizione sarebbero sottratte al sindacato del giudice europeo in quanto regolate dalla Costituzione¹³³. Si richiama, in questa prospettiva, la dottrina dei controlimiti¹³⁴, ascrivendo ai principi fondamentali dell'ordinamento l'assetto organizzativo pluralistico della funzione giurisdizionale e i relativi meccanismi di coordinamento, in collegamento con l'art. 25, comma 1, Cost., che sancisce il principio del giudice naturale precostituito per legge¹³⁵.

¹³⁰ Sentenza *Randstad*, punto 52. V. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, IS, punti 78 ss.

¹³¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri, punti 245 ss.

¹³² Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sentenza 18 maggio 2021, cause riunite C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 e C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c. Inspecția Judiciară e altri, punto 245. Nel caso di specie, la Corte utilizza tale formula per affermare il principio, ampiamente consolidato nel diritto UE, per cui qualsiasi giudice nazionale è autorizzato a disapplicare una norma nazionale in contrasto col diritto UE; possibilità negata da un orientamento della Corte costituzionale rumena che negava la prevalenza del diritto UE sul diritto costituzionale interno.

¹³³ Sottolinea l'inopportunità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia su siffatte questioni F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi*, cit., 12-13.

¹³⁴ Cfr., pur in chiave ipotetica, R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti?”*, cit., 10.

¹³⁵ Cfr. G. TROPEA, *Il Golem europeo*, cit., par. 4.

Tale posizione non appare condivisibile nella misura in cui tende ad estendere la portata dei controlimiti oltre casi del tutto eccezionali¹³⁶ che minerebbero alle fondamenta i principi costitutivi essenziali dell'ordinamento, tra i quali può senz'altro includersi il principio di effettività della tutela giurisdizionale (v. meglio *infra*), ma non la specifica modalità con cui esso trova realizzazione (l'assetto plurale della giurisdizione e i relativi rapporti tra gli ordini giurisdizionali)¹³⁷.

In questa prospettiva, pur non negandosi la delicatezza di un intervento del giudice europeo in tale materia¹³⁸, non può escludersi *a priori* la possibilità di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina costituzionale in materia di riparto di giurisdizione. Si tratta piuttosto di esaminare se tale disciplina si pone in conflitto con l'ordinamento eurounitario. Sul punto occorre soffermarsi analizzando la portata e i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri e il significato del principio di effettività della tutela giurisdizionale in chiave europea.

10. *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea ed effettività della tutela giurisdizionale*

Il rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia processuale si fonda sull'autonomia riconosciuta a questi ultimi in relazione alla predisposizione di rimedi processuali idonei ad assicurare la tutela dei diritti dei singoli nelle materie regolate dal diritto UE. Tale autonomia

¹³⁶ In tema v., da ultimo, R. GIOVAGNOLI, *Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale: è ancora attuale la teoria dei controlimiti?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

¹³⁷ In questa prospettiva v. Corte Costituzionale n. 77/2007, par. 5 del considerato in diritto, ove si afferma che la pluralità dei giudici, ordinari e speciali “*non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale*”, in quanto questa costituisce un “*principio fondamentale dell'ordinamento*”. In dottrina v. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 579 ss., il quale nota che l'assetto organizzativo pluralistico non può oscurare il principio dell'unità della giurisdizione sul piano funzionale, in quanto necessario ad assicurare ai cittadini la tutela delle loro situazioni protette. L'Autore aggiunge poi (p. 588) che “*l'unità funzionale della giurisdizione e le garanzie ad essa correlate rappresentano principi fondamentali della nostra Costituzione, come tali prevalenti sulle altre disposizioni che non assurgono al loro rango*”.

¹³⁸ Di ciò risulta consapevole l'Avvocato Generale Hogan allorché nelle sue conclusioni (punto 5) osserva che “*con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale (...) la Corte è implicitamente chiamata a dirimere un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani*”. In dottrina v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 23-24.

non è illimitata, trovando limite nei principi di equivalenza ed effettività, i quali impongono rispettivamente che le modalità di tutela giurisdizionale non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione¹³⁹. In determinati settori, quali quello dei contratti pubblici, è stata introdotta una disciplina processuale di diritto derivato che gli Stati membri sono tenuti ad applicare e recepire, secondo una tendenza che secondo alcuni commentatori dovrebbe essere rafforzata, nella prospettiva della creazione di un "diritto processuale europeo"¹⁴⁰.

La verifica della compatibilità dell'art. 111, comma 8, Cost. con il diritto dell'Unione richiede, dunque, di verificare se la limitazione del sindacato della Cassazione ai "motivi inerenti alla giurisdizione" pregiudichi i principi menzionati o la disciplina di diritto derivato.

Sotto il profilo dell'equivalenza, la pronuncia *Randstad* esclude l'incompatibilità con l'ordinamento europeo poiché "la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato" non varia a seconda "che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione"¹⁴¹. In effetti l'individuazione delle questioni di giurisdizione prescinde dalla fonte del diritto (nazionale, sopranazionale o internazionale) che regola una certa controversia¹⁴².

La valutazione sul rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale richiede un esame più approfondito. Tale principio, secondo l'orientamento costante del giudice europeo, forma parte essenziale delle garanzie connesse allo Stato di diritto (art. 19 TUE) e costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁴³. Risulta, dunque, centrale, ai fini della nostra analisi, individuare il concetto di effettività, onde verificare

¹³⁹ Sentenza *Randstad*, punto 58. Si tratta, peraltro, di una massima consolidata nella giurisprudenza eurounitaria: cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 17 marzo 2016, C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge, punto 24. In dottrina v. G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5 ss.

¹⁴⁰ Cfr. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 21.

¹⁴¹ Sentenza *Randstad*, punti 60-61.

¹⁴² Sul punto v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., 153.

¹⁴³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punti 188 ss.

se la limitazione del sindacato della Cassazione ai motivi inerenti alla giurisdizione risulta compatibile con il diritto UE.

Occorre anzitutto notare che l'effettività, prima di essere riferita alla tutela giurisdizionale, individua una caratteristica dell'ordinamento giuridico, di ogni ordinamento giuridico in quanto tale¹⁴⁴. L'effettività del diritto (oggettivo) è intesa “*non nel senso della costante obbedienza ad ogni singola norma di un ordinamento, bensì come osservanza di quest'ultimo nel suo complesso*”¹⁴⁵. Essa, dunque, non richiede che sia evitata ogni possibile violazione del diritto, anche da parte degli organi giurisdizionali¹⁴⁶. Tale ultimo obiettivo, oltre ad apparire in assoluto irraggiungibile¹⁴⁷, si porrebbe in contrasto col principio di certezza del diritto e con la previsione di un sistema definito di mezzi di impugnazione¹⁴⁸.

L'obiettivo di evitare ogni possibile violazione del diritto UE, inoltre, appare incompatibile con l'architettura istituzionale che definisce le relazioni tra ordinamento interno e ordinamento europeo e prevede, in particolare, che il diritto UE sia applicato dai giudici (e dalle amministrazioni) nazionali, secondo l'organizzazione giudiziaria (o amministrativa) e le regole

¹⁴⁴ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 47, il quale afferma “*la giuridicità di ogni consociazione, quali che siano i fini perseguiti, sotto la sola condizione della presenza in essa di una struttura sufficiente a mantenere una certa regolarità in via media, di comportamenti da parte di coloro che ne sono partecipi*”. Cfr. anche E. TOSATO, *Stato (teoria gen. e dir. cost.) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1990, anche in *Id.*, *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, 291 ss.; V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Modena, 1925, 29; SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione (1901)*, ora in *Id.*, *Scritti minori*, Milano, 1990, 97-98.

¹⁴⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 34, nota 1.

¹⁴⁶ Sul punto, molto chiaramente, SANTI ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Roma, 1902, 9: “*La sentenza del giudice (...) cui è affidato risolvere le controversie fra privati, se pronunciata in ultimo grado, è definitiva: dall'impossibilità di un rimedio per le violazioni giuridiche che possono commettersi per l'appunto dal giudice di ultima istanza nessuno vorrebbe certo argomentare la mancanza di sanzioni efficaci che tolgano al diritto privato il carattere di diritto*”.

¹⁴⁷ Sul punto v. le icastiche parole dell'Avvocato generale Hogan: “*ci si deve chiedere cosa accadrebbe se il giudice di terzo grado confermasse a sua volta l'interpretazione del giudice di secondo grado. L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, richiederebbe allora di predisporre un quarto grado di giudizio?*” (punto 75 delle conclusioni).

¹⁴⁸ In questa prospettiva v. Corte di Cassazione, ord., 17 dicembre 2018, n. 32622. Sulla necessità di trovare un punto di equilibrio tra “*l'esigenza di giustizia, che richiederebbe una rivalutazione ad infinitum della controversia, e l'esigenza di certezza, che richiede invece che la controversia si concluda entro un termine ragionevole*” v. C.E. GALLO, *Il controllo della Cassazione*, cit., 6.

processuali (o procedurali) determinate dagli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia.

Il meccanismo del rinvio pregiudiziale mira a garantire l'uniforme e corretta interpretazione del diritto UE, ma questo obiettivo è perseguito in maniera tendenziale e non per ogni singola controversia per almeno tre ragioni: 1) il rinvio pregiudiziale è una facoltà per i giudici non di ultima istanza¹⁴⁹; 2) il diritto UE non prevede alcun rimedio o sanzione nell'ipotesi in cui l'obbligo di rinvio sia violato dal giudice di ultima istanza (salvo responsabilità degli Stati membri e il ricorso per inadempimento da parte della Commissione europea¹⁵⁰); 3) il rinvio pregiudiziale e la relativa pronuncia della Corte di Giustizia intervengono prima che la controversia sia definita (e proprio al fine di risolverla correttamente), ma manca la previsione di un controllo "europeo" successivo sull'esatta interpretazione del principio di diritto affermato dal giudice europeo o sulla sua corretta applicazione alla vicenda concreta.

In linea di principio, dunque, risponde all'attuale assetto dei rapporti tra giudice nazionale e eurounitario che l'eventualità di una errata applicazione del diritto UE da parte del primo non trovi rimedio in un mezzo di impugnazione della sentenza dinanzi al secondo o comunque in uno strumento di "annullamento" o "controllo sostitutivo"¹⁵¹. Le ristrette ipotesi di revisione del giudicato nazionale in contrasto con il diritto UE, che sono state ammesse in taluni casi dalla Corte di Giustizia¹⁵², non contraddicono tale prospettiva, poiché si tratta di casi eccezionali¹⁵³.

L'assenza di un meccanismo di controllo successivo predisposto dall'Unione può vedersi secondo due prospettive.

Da un primo punto di vista, può considerarsi come un'insoddisfacente attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, a cui mancherebbe un "tassello" essenziale per completare la protezione delle situazioni giuridiche soggettive che trovano fondamento nel diritto dell'Unione.

¹⁴⁹ Ciò comporta che il giudice possa decidere una controversia violando o applicando erroneamente il diritto UE. Se le parti non impugnano la sentenza, deducendo tale vizio, la violazione è destinata a consolidarsi.

¹⁵⁰ In tal senso v. le conclusioni dell'Avv. gen. Hogan, punto 97.

¹⁵¹ In tal senso E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 65-66.

¹⁵² In tema v. G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di Giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 727 ss.

¹⁵³ Sul punto v. A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 72-73, che dà conto anche dei "tentativi" del giudice nazionale di sollevare questioni pregiudiziali nell'ambito di procedimenti, come quello di ottemperanza, che nel caso di specie non lo consentirebbero.

Secondo una diversa prospettiva, l'assenza di un meccanismo di controllo successivo può apparire come la conseguenza "naturale" del carattere "ibrido" o *sui generis* dell'ordinamento dell'Unione europea e dei relativi Trattati istitutivi¹⁵⁴, che hanno generato una nuova "comunità di diritto" non riconducibile agli schemi ordinari dell'organizzazione internazionale o dello Stato (federale) in senso proprio¹⁵⁵. Sarebbe, dunque, conseguente alla natura "irrisolta" dell'Unione che l'obiettivo della corretta e uniforme interpretazione del diritto UE trovi limite nella garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ai quali spetta la determinazione degli organi, delle forme e dei modi di attuazione giudiziale del diritto sopranazionale. Sarebbe, pertanto, nella "logica" del diritto UE che possano verificarsi, in base ai sistemi amministrativi e giurisdizionali propri di ciascun Stato membro, violazioni del diritto europeo per così dire "definitive", ossia per le quali non sia "concretamente", esperibile un rimedio impugnatorio diretto ad eliminare l'atto produttivo della violazione e a rimuoverne gli effetti¹⁵⁶.

Per le ipotesi in cui, nonostante il ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale o a causa della sua mancata applicazione, si siano concretizzate violazioni del diritto UE produttive di danni ai singoli, l'efficacia del diritto UE e l'effettività della tutela giurisdizionale sono comunque garantite, come precisa la sentenza *Randstad*¹⁵⁷, dalla facoltà della Commissione europea di avviare una procedura di infrazione e di proporre un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di Giustizia, nonché dal principio di responsabilità extracontrattuale degli

¹⁵⁴ In tema v. per tutti P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 200 ss. In giurisprudenza v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri, punto 245; Corte di Giustizia delle Comunità europee, 5 febbraio 1963, causa 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte.

¹⁵⁵ Sottolinea come il problema della tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel contesto europeo debba affrontarsi "*cercando di capire cosa è veramente l'ordinamento della Unione europea*" E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 59 ss.

¹⁵⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Quarta sezione, 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punti 68 ss., rispetto a un'ipotesi di non annullabilità di un atto amministrativo in contrasto con il diritto UE, in ragione della regola nazionale della "evidenza," in forza della quale il soggetto che intenda far constatare che una prescrizione contenuta in una decisione definitiva non può essere eseguita, è tenuto a dimostrare la manifesta contrarietà di detta prescrizione al diritto dell'Unione.

¹⁵⁷ Sentenza *Randstad*, punti 79-80.

Stati membri, applicabile qualsivoglia sia l'autorità pubblica responsabile della violazione¹⁵⁸. Sotto quest'ultimo aspetto, la normativa nazionale attualmente vigente contempla espressamente la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea come causa di responsabilità dei giudici nazionali, precisando che assumono rilievo la chiarezza delle norme da applicare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché l'omissione del rinvio pregiudiziale¹⁵⁹.

11. *La garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel sistema processuale amministrativo italiano*

Nel contesto europeo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale si realizza mediante l'attribuzione della competenza a risolvere le controversie a un giudice indipendente e imparziale, nell'ambito di un giudizio rispettoso dei principi del giusto processo, come definiti nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 CEDU¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Ex multis* v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punto 72; Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 19 dicembre 2019, C-752/18, Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern, punti 54-55; Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo s.p.a. c. Repubblica italiana; Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 settembre 2003, C-224/01, Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria. In tal senso sono anche le conclusioni dell'Avv. gen. Hogan, il quale aggiunge (punti 79 ss.) che i presupposti di tale forma di responsabilità, ove essa si realizzi per mezzo di decisioni giudiziarie, dovrebbero essere chiariti e interpretati in maniera non restrittiva, onde assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale stabilito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE. Sull'insufficienza del meccanismo della responsabilità dello Stato membro rispetto all'esigenza di piena tutela degli interessati v. M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 29-30, che suggerisce una riforma del regime nazionale delle impugnazioni. Cfr. inoltre B. SASSANI – B. DE SANTIS, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *Judicium.it*, 22 dicembre 2021, i quali notano che ad analogo conclusione la Corte di Giustizia è giunta per le ipotesi di giudicato nazionale contrastante con il diritto UE, sicché “*si palesa (...) l'intento di rinunciare ad intervenire direttamente sugli esiti giurisdizionali (lasciati quindi al diritto nazionale), e la canalizzazione del rimedio alla violazione del diritto dell'Unione verso l'azione di responsabilità dello Stato*”; E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 66-67.

¹⁵⁹ Art. 2, commi 3 e 3-bis, legge 13 aprile 1998, n. 117. In tema v. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 599-600.

¹⁶⁰ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 aprile 2012, C-896/19, Republika c. Il-Prim Ministru.

In particolare, tali disposizioni secondo l'orientamento consolidato della Corte di Giustizia UE¹⁶¹ e della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶² non richiedono, di regola, la previsione di mezzi di impugnazioni e dunque un doppio (e tantomeno triplo) grado di giudizio¹⁶³.

La garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati comporta che essi determinino come attuare il principio di effettività della tutela¹⁶⁴. Occorre, dunque, verificare se la disciplina del processo amministrativo italiano rispetta tale principio. Ciò richiede di analizzare il sistema processuale nazionale nel suo complesso¹⁶⁵, alla luce dei rimedi messi in campo dall'ordinamento¹⁶⁶ e delle garanzie assicurate alle parti coinvolte in giudizio; nonché, sul piano applicativo e della esperienza giurisprudenziale, della frequenza o della gravità di violazioni e lacune nella tutela accertate¹⁶⁷.

Pur esorbitando una siffatta analisi dalla portata del presente scritto, si possono delineare le linee portanti o i principi fondamentali del processo

¹⁶¹ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 19 giugno 2018, C-181/16, Sadikou Gnandi c. Stato belga, punto 57. In dottrina v. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 8; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., par. 10.

¹⁶² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 19 settembre 2009, ric. n. 5643/07, Jung v. Germany; Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 23 maggio 2006, ric. n. 42483/02, Antonenko v. Russia.

¹⁶³ Tale aspetto è sottolineato dall'Avvocato generale Hogan nelle sue conclusioni (punto 70). Cfr. anche A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 52; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit., i quali notano che nell'ordinamento processuale francese non è previsto un mezzo di impugnazione rispetto alle sentenze del *Conseil d'État*.

¹⁶⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 6/2018: "Quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione". Sul punto v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 48; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 8; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti?"*, cit., 10. Cfr. anche R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione, cit., 328, il quale negava che il richiamo a "principi generalissimi", come l'effettività della tutela, potesse modificare l'assetto tra le giurisdizioni fissato dalla Costituzione.

¹⁶⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino c. Stato belga, punto 53.

¹⁶⁶ In tal senso, M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 10, il quale osserva che "non è certamente condivisibile l'idea secondo cui il sistema si dimostra inefficace solo perché si è verificata, in concreto, una violazione. Occorre verificare, semmai, se l'ordinamento processuale abbia garantito, o meno, la possibilità di tutelare posizioni giuridiche protette dal diritto europeo, senza frapporre ostacoli od ingiustificate preclusioni".

¹⁶⁷ Sul punto v. M. LIPARI, *op. ult. cit.*, il quale rileva che, con riferimento all'attività del Consiglio di Stato, "non risultano, al momento, decisioni che abbiano accertato la violazione del diritto UE, ai sensi della legge n. 117/1988. Né si conoscono procedure di infrazione originate dall'asserito illegittimo esercizio della funzione giurisdizionale".

amministrativo, al fine di valutare se quest'ultimo assicuri l'effettività della tutela giurisdizionale, come intesa a livello europeo.

Assume in primo luogo significativo rilievo che il principio di effettività di tutela giurisdizionale, "prima" di essere stabilito, per le situazioni di rilevanza europea, dal diritto dell'Unione europea, è sancito dalla Costituzione italiana (almeno negli artt. 24, 103, 113), nella consolidata interpretazione fornita dal giudice costituzionale¹⁶⁸. Sembra potersi affermare, anzi, che esso appartiene a quei principi fondamentali dell'ordinamento¹⁶⁹ la cui presenza contrassegna indefettibilmente quest'ultimo e che, pertanto, sono sottratti persino al procedimento di modifica della Costituzione¹⁷⁰.

Con riferimento al processo amministrativo, esso è espressamente affermato dall'art. 1 del relativo Codice e ribadito nell'art. 7, ove si correla, alla concentrazione delle forme di tutela degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo¹⁷¹.

Il sistema di garanzie delineato dalla Costituzione¹⁷² e dal Codice assicura altresì l'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo e l'adeguata tutela del diritto di difesa nel corso del giudizio. A ciò si aggiunga la previsione di un sistema di mezzi di impugnazione che pure, come osservato *supra*, non è richiesto dal diritto CEDU e dell'Unione europea.

Nel complesso, non sembrano sussistere particolari dubbi che il sistema processuale amministrativo risponde al principio di effettività della tutela

¹⁶⁸ *Ex multis* v. Corte Costituzionale, 25 giugno 2019, n. 160; Corte Costituzionale, 15 settembre 1995, n. 435.

¹⁶⁹ Cfr., *ex plurimis*, Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238; Corte Costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26: "*L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto*"; Corte Costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100.

¹⁷⁰ Cfr. Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203; Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146. In dottrina, sulla presenza di "*un nucleo di valori e di principi «supremi» a ogni potere costituito e perciò non modificabile neppure dal potere di revisione costituzionale*" v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, 1989, ora in *Id.*, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 53, il quale ricomprende tra essi "*il principio di legalità e delle garanzie giurisdizionali*". Cfr. anche E. TOSATO, *Stato*, cit., 289.

¹⁷¹ Artt. 7, comma 7, e 30, comma 6, c.p.a. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Costituzionale 204/2004, la quale statuisce che l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno "*non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost. il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri*".

¹⁷² Art. 108, comma 2; art. 111, commi 1 e 2, Cost.

giurisdizionale, come delineato in chiave europea¹⁷³. In questa prospettiva, l'inclusione della violazione del diritto dell'Unione tra i motivi ammessi nel ricorso in Cassazione diviene una questione essenzialmente nazionale¹⁷⁴, non imposta¹⁷⁵ né, evidentemente, preclusa¹⁷⁶ dall'ordinamento dell'Unione.

12. *La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Critica*

Esaminato l'ambito dei motivi di giurisdizione alla luce della giurisprudenza costituzionale e definita la limitata incidenza che l'Unione europea esercita per la loro individuazione, sembra opportuno soffermarsi sulla questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Se in generale la violazione del diritto UE non si configura di per sé come motivo di giurisdizione, più complessa appare la questione specifica della inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Sul punto, la pronuncia *Randstad* non fornisce risposte, in quanto il relativo quesito è stato considerato irrilevante¹⁷⁷.

Secondo parte della dottrina, l'art. 267 TFUE, regolando il rinvio

¹⁷³ In tal senso v., *ex multis*, A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 70; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 680. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., ord. n. 32622/2018.

¹⁷⁴ Cfr. R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 571 e 573. In tal senso si erano già espressi A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 75 e 78; M. CHITI, *La Corte Costituzionale*, cit., 6 e 29. V. anche E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 62.

¹⁷⁵ A conclusioni analoghe era giunta la Corte di Giustizia nella sentenza del 17 marzo 2016, C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge, con riferimento all'ordinamento belga. In tale occasione si era affermato che “*il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*”. Il caso riguardava la violazione del diritto di difesa nell'ambito di un procedimento amministrativo relativo al rilascio di un'autorizzazione di soggiorno, regolata dalla direttiva 2004/38/CE. Poiché tale motivo era stato dedotto per la prima volta nel giudizio di cassazione, esso era ammissibile, secondo il diritto belga, solo se attinente all'“ordine pubblico”. Il giudice nazionale pertanto chiedeva alla Corte di Giustizia se il motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi alla Cassazione, dovesse considerarsi ricevibile. Nella giurisprudenza nazionale v. Corte di Cassazione n. 2403/2014.

¹⁷⁶ Sul punto v. E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio*, cit., 65.

¹⁷⁷ Sentenza *Randstad*, punti 82 ss.

pregiudiziale, assumerebbe “*i connotati di una norma sul riparto giurisdizionale, segnando il confine tra le attribuzioni del giudice nazionale e quelle della Corte di Giustizia*”¹⁷⁸. A tale tesi sembra possano muoversi due obiezioni. In primo luogo, la Corte di Giustizia non ha il potere di risolvere la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale, ma solo di fornire la corretta interpretazione delle norme europee rilevanti¹⁷⁹. In secondo luogo, la valutazione sulla necessità del rinvio pregiudiziale spetta, in base all’art. 267 TFUE, al giudice dinanzi al quale la causa pende, sicché non appare in linea con tale disposizione che un giudice diverso sindachi le ragioni dell’omesso rinvio¹⁸⁰. Secondo il predetto orientamento dottrinale l’“immotivato rinvio” da parte del Consiglio di Stato sarebbe tuttavia soggetto al controllo in Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* Il riferimento alla motivazione rende, a mio avviso, palese che si tratti di una questione attinente al modo di esercitare il potere giurisdizionale e non alla sua attribuzione. In questa prospettiva, conforme all’orientamento prevalente della Corte di Cassazione¹⁸¹, si dovrebbe escludere che l’omesso rinvio pregiudiziale possa configurarsi come motivo inerente alla giurisdizione.

13. Conclusioni

La sentenza *Randstad* della Corte di Giustizia dell’Unione europea

¹⁷⁸ R. MARTINO, *La Corte di Giustizia*, cit., 598.

¹⁷⁹ In tal senso v. Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 30 ottobre 2020, n. 24107; Corte di Cassazione n. 1013/2014.

¹⁸⁰ Sui presupposti dell’obbligo di rinvio pregiudiziale v. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 6 ottobre 1982, causa 283/81, Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della sanità. In particolare, nel punto 9 di tale pronuncia si statuisce che “*l’art. 177 (attualmente art. 267 TFUE, ndr) non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Non basta quindi che una parte sostenga che la controversia pone una questione di interpretazione del diritto comunitario perché il giudice interessato sia obbligato a ritenere configurabile una questione sollevata (...). Per contro spetta a detto giudice adire, se del caso, d’ufficio la Corte di giustizia*”. V. anche Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, IS, punti 89 ss.; Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica Facility Esco SpA (PFE) c. Airgest SpA, punti 31 ss.; Corte di Giustizia dell’Unione europea, 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi contro Autorità garante della concorrenza e del mercato, punti 21 ss. In dottrina v. G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 59 ss.

¹⁸¹ Oltre alle pronunce già citate, v. Corte di Cassazione n. 7012/2020.

ha escluso che il diritto UE incida sui rapporti tra le giurisdizioni nell'ordinamento nazionale, purché si assicuri che nel complesso le situazioni giuridiche protette a livello europeo siano suscettibili di essere tutelate adeguatamente e in condizioni equivalenti a quelle che trovano origine e protezione nel diritto nazionale. Garantiti i principi di effettività ed equivalenza, l'obbligo di attuazione del diritto dell'Unione non sembra poter determinare uno scardinamento delle competenze giurisdizionali fissate dall'ordinamento interno¹⁸².

L'interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione, che definiscono i limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, costituisce dunque una questione prevalentemente nazionale, almeno se si ritiene che in linea di principio il processo amministrativo rispetta i parametri del giusto processo, come definiti sia sulla base dei principi costituzionali che della normativa sopranazionale e internazionale (in particolare, CEDU). Il carattere eminentemente nazionale della questione, peraltro, non ne riduce certo l'importanza, influenzando significativamente tanto sul complessivo assetto dei rapporti tra giurisdizioni quanto sulle modalità di tutela del cittadino a fronte dell'azione dei pubblici poteri. Secondo la prospettiva che si è cercato di sviluppare nel presente scritto, le ipotesi di difetto relativo e (soprattutto) assoluto di giurisdizione attribuiscono alla Corte di Cassazione un certo margine di flessibilità nel sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, così da consentire di porre rimedio almeno ai più gravi *errores in procedendo e in iudicando*.

¹⁸² In tal senso v. A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 41, il quale nota criticamente che nell'impostazione assunta dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio n. 19598/2020 “*non è lo strumento processuale ad essere predisposto per far fronte ad un vizio, un difetto o una conseguenza non voluta dall'ordinamento, ma è il vizio a conformare e modellare lo strumento ed il suo contenuto. Si fa strada, così, una sorta di nozione atipica ed a contenuto indeterminato di una impugnazione che, per sua natura, tale non dovrebbe essere*”. V. anche M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 681; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit.